**I soggetti giuridici digitali\***

1.L’area della soggettività è destinata ad arricchirsi da quando, per effetto dell’evoluzione delle scienze dell’informazione, è apparso sulla scena giuridica l’agente elettronico (variamente denominato: agente software, e-persons, computer, robot), capace di elaborare decisioni algoritmiche autonome e di conseguenza ‘agire’ nella realtà giuridica.

Gli agenti elettronici o agenti software (che dir si voglia) sono algoritmi, ossia flussi di informazioni rappresentate in linguaggio matematico. L’algoritmo, che deriva il nome da quello di un matematico arabo, allude alla serie di istruzioni o di strategie che servono a risolvere un problema e che risultano formalizzabili in un programma.

Il punto è quello di capire in quale ambito dei rapporti economico-sociali vengono ad essi attribuiti, e a quali condizioni, identità sociale e capacità di agire. Va da sé che i soggetti giuridici digitali, qualora raggiungano la soglia minima della soggettività, rientrano nella gamma delle persone non fisiche, ossia quella sinora occupata dalle persone giuridiche e dagli enti di fatto.

Il problema giuridico di fondo si pone laddove gli algoritmi del mondo digitale siano in grado di fornire, in quanto provvisti di grande intelligenza e capacità di apprendimento, prestazioni talmente elevate da diventare incontrollabili sia dai creatori del programma sia dagli uomini che lo utilizzano. L’incontrollabilità genera dei rischi di responsabilità destinati ad allargarsi nel processo, già in fase avanzata, relativo alla creazione di una vera e propria intelligenza artificiale, che sembra differenziarsi, secondo taluni filosofi dell’informazione, dall’intelligenza umana solo, anche se non è poco, in quanto essa è priva del “senso comune” propria di quest’ultima, ossia di quello ‘sfondo’ di precomprensioni e credenze in cui si incarna il nostro concreto rapporto con il mondo. Anche se l’interconnessione in rete tra le simbiosi uomini-macchine può generare una sorta di senso comune digitale. E questo potrebbe offuscare ciò che è “l’umano".

Comunque il sistema giuridico non può rassegnarsi all’idea che vi possano essere fatti dannosi privi di un responsabile o addossarli a chi responsabile non è. E comunque sorge la necessità di individuare il giusto titolo della responsabilità.

Di questi pericoli si è reso conto lo stesso Parlamento europeo (1), tant’è che la Commissione affari giuridici ha pubblicato un Progetto di relazione con raccomandazioni alla commissione per la regolazione civile nel campo della robotica (2015/2103 del 31 maggio 2016, approvato in via definitiva il 16 febbraio 2017), raccomandando appunto l’istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, in maniera tale che almeno quelli autonomi più sofisticati possano essere considerati come ‘persone elettroniche responsabili’ e quindi tenuti a risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente prevedere il riconoscimento della ‘personalità elettronica’ nell’ipotesi in cui siano in grado di prendere decisioni autonome o siano in grado di interagire in modo indipendente con terzi.

2.Così posto il tema, risalta subito l’esigenza di verificare se le categorie civilistiche tradizionali siano in grado di spiegare la nuova realtà, superando l’idea, sinora prevalsa, che gli agenti elettronici o sono meri strumenti a disposizione di chi li adopera oppure sono soggetti giuridici di pieno diritto.

Così come per l’embrione nel caso della persona fisica, la via da percorrere è quella di verificare la possibilità di riconoscere, almeno allo stato delle cose, una soggettività giuridica parziale, o comunque uno statuto giuridico speciale, a queste nuove figure, adoperando, nella ricostruzione giuridica, le categorie e gli strumenti giuridici tradizionali, che poi sono gli unici a disposizione del giurista, onde verificarne l’adeguatezza anche a rischio di minarne le fondamenta.

3.Gli studiosi (2) di informatica hanno individuato una vera e propria casistica dove si registrano lacune di responsabilità. Le disfunzioni del sistema emergono in concreto quando: 1) i software siano elaborati in équipe; 2) alle decisioni del management sia attribuita nel processo produttivo la medesima importanza delle decisioni dei programmatori; 3) la documentazione sui requisiti abbia un ruolo notevole nella scrittura del codice di programmazione e presenta malfunzionamenti ignoti; 4) le prestazioni del software siano il risultato non tanto della programmazione quanto dei controlli successivi; 5) il software sia generato attraverso processi automatizzati; 6) il funzionamento dell’algoritmo sia influenzato dai suoi interfaccia o persino dal traffico di sistema; 7) il software interagisca in modo imprevedibile, perché programmato per lavorare in modo probabilistico o abbia capacità di adattamento o ancora perché esso stesso è il risultato di un altro programma.

Bisogna dunque capire come il sistema giuridico reagisce agli indicati problemi che nascono dalla prassi.

Dal punto di vista giuridico studi (3) assai autorevoli, osservando la realtà or ora esibita, hanno ritenuto che le norme vigenti in tema di responsabilità civile appaiono inadeguate: a) nei casi di causalità multipla risultante dal complesso delle azioni dannose di una pluralità di computer connessi l’uno all’altro in rete; b) nel caso di fatti dannosi dovuti alla raccolta di dati scorretti tratti dai cosiddetti big data, dove risulta difficile determinare il momento della causalità e quello della colpevolezza; c) nel caso in cui l’agente software autonomo violi le obbligazioni contrattuali nonostante l’operatore umano possa dimostrare che sia stato programmato correttamente e quindi non gli si possa imputare alcuna violazione contrattuale; d) nel caso di responsabilità extracontrattuale, che, essendo fondata sulla colpa, si configura quando vi sia violazione di un dovere dell’operatore, del produttore o del programmatore, cosa che in molti dei casi suddetti va esclusa; e) nel caso delle dichiarazioni negoziali, laddove l’agente software dichiari falsamente al terzo di essere fornito di potere rappresentativo. Molti hanno ritenuto che il regime costruito sulla figura del falsus procurator generi un peso sproporzionato e ingiustificabile in capo al dominus umano nel caso di azioni distribuite tra più computer che lavorano insieme.

4.In realtà gli algoritmi operano come ausiliari dei soggetti umani e quindi la costruzione giuridica va fondata sulla dogmatica della gestione rappresentativa oppure sul possibile rapporto associativo tra i due protagonisti della vicenda, anche se il problema nasce nella responsabilità civile laddove registra lacune circa l’imputazione delle indicate fattispecie di danno.

Infatti la sistemazione più autorevole (4) riduce a tre i rischi di responsabilità con i quali la loro azione si manifesta nell’ambito giuridico e sociale: il rischio di autonomia, di associazione, di interconnessione. Il primo deriva dalle decisioni indipendenti che l’agente software può assumere; il secondo deriva dalla stretta cooperazione tra uomo e agente software; il terzo consiste nell’agire non isolato ma in stretta interdipendenza di una pluralità di computer in rete.

5.In generale l’autonomia negoziale indica la capacità di provvedere da se stessi ai propri interessi.

Nel caso dell’autonomia dell’agente software ci si trova direttamente immessi nel tema della capacità di agire per la cura dei propri interessi dei soggetti giuridici non persone fisiche, e in particolare delle ‘figure soggettive’, create direttamente dal diritto, dotate o meno di personalità giuridica in senso formale.

Allo stato dell’evoluzione del sistema giuridico e della legislazione positiva, così come non è possibile attrarre nell’area della piena soggettività gli algoritmi, laddove siano capaci di prendere decisioni autonome e siano dotate di autoapprendimento, così non è possibile ridurre, in quel medesimo caso, il rapporto tra l’uomo e il computer considerando quest’ultimo mero strumento inerte del primo, come già avvertito.

Anzitutto, non è possibile assegnare la piena soggettività all’agente elettronico poiché è l’ordinamento generale che individua e organizza la propria plurisoggettività (5). E non solo non c’è una norma che li preveda o solo ne presupponga l’esistenza, ma secondo alcuni (6) sarebbe addirittura la Costituzione a rendere impossibile l’assegnazione di soggettività agli agenti software, in quanto sarebbe contro la libertà del volere e la dignità dell’uomo.

In realtà quest’ultima affermazione non può essere condivisa in quanto l’esistenza degli agenti software non si pone affatto contro il principio secondo cui è il soggetto umano a dover dominare la contrattazione e il traffico giuridico, anzi lo rafforza, in quanto da sempre l’autonomia negoziale non solo ha tollerato la cooperazione di altri soggetti nella gestione dei propri interessi, ma ha creato, attraverso le finzioni giuridiche, meccanismi tesi ad allargare le potenzialità delle ‘collaborazioni’ giuridiche, basti pensare alla gestione degli affari altrui e alla rappresentanza, laddove si distingue il dominus dell’atto e il soggetto nella cui sfera giuridica quello stesso atto produce gli effetti.

Pertanto il problema non è quello di considerare gli agenti software, diventata una realtà importante nelle negoziazioni del nostro tempo, come soggetti di pieno diritto, almeno fino a quando non verrà ad essi riconosciuta la capacità di essere titolari di un patrimonio proprio o comunque separato da quello della persona fisica o giuridica nel cui interesse agisce, quanto quello di comprendere se il diritto attuale consenta, in via analogica, agli agenti software autonomi di essere considerati rappresentanti dei loro rappresentati umani o addirittura di vedere nell’ibrido uomo-macchina una forma di associazione. E quindi riconoscere loro una mera capacità giuridica parziale quale è appunto la capacità di essere rappresentante o associato, come già avvertito.

6.La dimostrazione necessita di alcune premesse circa il ‘substrato’ dell’agente digitale, al pari di come gli studiosi dei due secoli che precedono il nostro hanno indagato circa la natura sostanziale o solamente formale delle persone giuridiche, ossia di realtà immateriali create direttamente dal diritto.

Senza ovviamente entrare nella disputa circa il ‘substrato’ degli attori giuridici diversi dalle persone fisiche -ossia la teoria ‘organicistica’ delle associazioni oppure quella che vede in esse la ‘coscienza collettiva’ o un ‘polo di risorse’ o comunque una ‘istituzione- va qui ricordato che studi molto autorevoli (7) ritengono che le organizzazioni associative non sono gruppi umani o insieme di risorse, ma catene di decisioni; decisioni che comunicano innanzitutto su se stessa (autodescrizione, ovvero una sorta di autocoscienza digitale) e che a tale autodescrizione siano attribuiti eventi comunicativi.

In altri termini quel che rileva è l’attribuzione ad un processo comunicativo di una peculiare capacità di agire sul piano della effettività sociale e quindi giuridica.

La differenza tra la capacità umana di agire e la capacità di agire degli agenti software è stata individuata da Bruno Latour (8) nella sua nota teoria attore-rete -che vede la dissoluzione della distinzione tra soggetto e oggetto, laddove l’azione è il risultato dell’interazione tra soggetti umani e soggetti mobilmente connessi in rete, all’interno della quale non si deve parlare di attori ma di “attanti” e che possono essere anche non umani- nella presenza di un flusso informativo, che diventa ‘azione’ sociale e giuridica in senso tecnico quando è capace di resistere (resistentività) alla forza oggettivizzante della rete, e che quindi lo fa diventare imputabile di comportamenti.

In termini giuridici significa che si ha una sorta di creazione di un ‘ente di fatto digitale’, che, in considerazione del fatto che nel fenomeno si realizza anche un “ibrido” associativo uomo-macchina, è veramente destinato a scuotere il sistema giuridico e le sue categorie. Ma la scienza giuridica non procede per salti e il sistema è per definizione dotato di una forte resilienza.

In breve, per il diritto è sufficiente che l’agente software emetta e comprenda una comunicazione perché vi sia capacità (parziale) di agire. Anche se è molto importante che il soggetto con il quale l’agente software comunica percepisca che esso è ‘dipendente’ dalle proprie azioni comunicative.

7.Una volta riassunti i punti di approdo della scienza della comunicazione, va ricordato che esiste anche una filosofia che si occupa dei temi legati all’autonomia degli agenti digitali. E si deve proprio agli autorevoli studi di Luciano Floridi (9), filosofo dell’informazione ad Oxford, la fissazione delle condizioni per attribuire la capacità di agire ad entità non umane, siano esse organizzazioni o algoritmi. Esse sono: l’interazione con collaboratori o con altre organizzazioni; la capacità di autodeterminare cambiamenti di condizione; l’adattamento alle strategie decisionali.

Anche se non va sottaciuto che altri studiosi (10) fanno leva su criteri diversi, come la capacità di pensare o di comunicare, la comprensione, un comportamento razionale, la non prevedibilità dei loro programmi condizionali, la modificazione autonoma della propria posizione nello spazio senza il controllo umano, una strutturazione limitata dell’ambito di operatività, il perseguimento indipendente di un fine e la scelta del mezzo, l’ottimizzazione di diversi fini, la capacità di controllo di programmazione e di apprendimento, l’automodificazione, l’autocoscienza, l’intelligenza artificiale (softbot), l’autolegislazione morale o perfino la capacità di soffrire e, infine, la cosiddetta “coscienza digitale”.

Al di là di questo, il sistema giuridico deve fissare da sé i confini giuridicamente rilevanti tra agire strumentale e agire autonomo.

Se si usa come paradigma per individuare un soggetto giuridico, e quindi la sua autonomia, quello proprio delle organizzazioni formali, i processi interiori delle organizzazioni formali non sono determinanti, mentre lo sono le interazioni sociali, cui prendono parte le operazioni correnti dell’algoritmo. Pertanto è sufficiente che il sistema sociale percepisca gli algoritmi autonomi come ‘persone’ cui è possibile rivolgersi. D’altronde, per dirlo con un termine inelegante ma oramai entrato nell’uso, la “depsicologicizzazione”, propria della moderna teoria della comunicazione, è perfettamente in linea con l’orientamento del sistema giuridico vigente, laddove oramai prevale da molto tempo la teoria oggettiva delle dichiarazioni di volontà e dove la responsabilità fondata sulla colpa è recessiva rispetto a quella fondata sul rischio derivante da un’azione su cui altri facciano legittimo affidamento.

All’esterno, ossia nei rapporti sociali, è sufficiente che si attribuisca al flusso dei dati il significato di un agire orientato allo scopo, in cui il comportamento di essi non viene più interpretato secondo le leggi causalistiche, bensì secondo l’intenzionalità.

8.Viene insegnato (11) che sul piano giuridico le condizioni dell’autonomia, ossia le condizioni della capacità di decidere e della capacità d’imputazione di un fatto illecito degli agenti software, sono allo stato le seguenti: che un agente software sia programmato in modo da dover decidere tra alternative diverse; che debba prendere una decisione quale ottimizzazione tra diversi criteri; che il programmatore non possa spiegare a posteriori il comportamento dell’agente software, né prevederlo nel futuro, ma possa soltanto correggerlo ex post.

A ben vedere, come la stessa dottrina di cui sopra ritiene, gli indicati elementi costitutivi dell’autonomia determinano un unico contesto operativo, ossia un contesto di ‘incertezza’ dell’azione non più interamente controllabile dall’uomo. Questo consente di affermare che essa si configura quando la persona fisica o la persona giuridica, variamente organizzata, delega agli algoritmi la possibilità di decidere in ‘contesti di incertezza’ e, siccome la rilevanza giuridica di ogni azione si ha ogni qualvolta la decisione ha rilievo sociale da qualunque ‘soggetto’ provenga, gli effetti della decisione assunta possono essere tali da generare responsabilità.

Pertanto è compito del giurista verificare se sia o meno lecito per il delegante umano predisporre programmi che abbiano le suddette caratteristiche, ossia delegare interamente a processori non umani decisioni da assumere in un contesto di incertezza, dove non vi è un processo computazionale interamente predeterminato e quindi, se si verifica il danno, non trattandosi più del caso normale dell’errore di calcolo dove si ha sempre la possibilità di correggerlo ex post, nulla si può rimproverare al programmatore o all’utilizzatore se non, al massimo, l’aver accettato il rischio legato alla creazione e all’utilizzazione di un algoritmo siffatto.

Non è mancato chi ha sostenuto che de iure condito l’impiego di algoritmi autonomi sia in linea di principio illecito.

Il punto è proprio questo, in quanto è il legislatore che organizza la propria plurisoggettività e quindi, in assenza di una norma espressa, la nuova figura può essere accettata dall’ordinamento solo se si può attrarre in figure soggettive, già note, create dall’autonomia negoziale, siano esse disciplinate o comunque tollerate dall’ordinamento generale, come più volte ripetuto.

Certo è che la Costituzione esalta la forza espansiva dell’autonomia dei privati (art. 2) e favorisce lo sviluppo della scienza e della tecnica (art. 33).

La risposta non è facile e comunque va oltre le forze di chi scrive. Accontentiamoci di continuare a ragionare sull’esistente, dove si registra da parte della società, fondata sull’uso indiscriminato di Internet, l’accettazione diffusa di soggetti digitali autonomi nella gestione giuridica degli affari; il che è sufficiente ad escludere l’illiceità di rapporti giuridici siffatti, data la sussistenza della meritevolezza, che, unitamente all’illiceità come polo opposto, costituiscono i confini oltre i quali non vi è atto di autonomia ma, nel primo caso, irrilevanza giuridica e, nel secondo, atto illecito.

9.Dunque, gli agenti software hanno lo status giuridico di “attanti”, quindi una capacità giuridica parziale, in quanto possono assumere decisioni autonome e per ciò solo esse possono avere conseguenze in punto di responsabilità. Da qui la necessità di doversi confrontare con la dommatica relativa al negozio giuridico, in base alla quale la conclusione e l’esecuzione del contratto possono essere delegate ad altri, ma questi debbono pur sempre essere uomini. Naturalmente qui non viene in rilievo, come già avvertito, il caso normale dell’uso del computer o della rete come mezzi per la trasmissione di dichiarazioni negoziali già predisposti da uomini o da persone giuridiche.

Orbene, a parte alcune legislazioni come negli Stati Uniti o nel Canada nonché la citata raccomandazione del Parlamento europeo che vanno in senso contrario, sembra resistere l’idea presso la dominante dottrina (12) che anche in caso di decisione autonoma presa dall’agente software, dove non vi è il controllo del programmatore (produttore e utilizzatore), la dichiarazione sia sempre e comunque riconducibile all’uomo. E questo nonostante nelle contrattazioni di massa l’agente digitale cerchi e selezioni da sé offerte contrattuali, conduca trattative, scelga la controparte e con questa decida la durata e il recesso del contratto; ossia tutto quanto può entrare a far parte del programma contrattuale.

La critica autorevolmente (13) mossa alla dottrina dominante è che essa adopera una ‘finzione’, inaccettabile, nel ricondurre sempre e comunque all’uomo la dichiarazione negoziale e che, se si considera il ‘substrato’ della realtà virtuale e l’attuale prassi commerciale, è possibile considerare, in via analogica, gli agenti digitali autonomi rappresentanti dei loro rappresentati umani, essendo tale vicenda perfettamente compatibile con il meccanismo della rappresentanza.

D’altronde se si guarda la storia della formazione delle associazioni prive di iniziale capacità giuridica (sindacati, partiti politici, comitati di insorti contro il potere costituito, fondazioni in attesa di riconoscimento) la giurisprudenza e la dottrina migliore hanno riconosciuto a tali entità limitata capacità giuridica, a prescindere dalla legge positiva e anche quando questa lo vietasse.

In effetti, come già visto, non si spiega la resistenza a trarre le medesime conclusioni anche per gli agenti digitali autonomi in presenza della concezione oggettiva della dichiarazione negoziale, dove non rileva la coscienza interiore ma la dichiarazione destinata a generare il legittimo affidamento del destinatario. Il che comporta che se questi fa affidamento anche sulle capacità comunicative cognitivamente sviluppate dell’agente digitale –visto che nella prassi commerciale sono ritenute sufficienti a produrre una dichiarazione negoziale in senso tecnico- va da sé che esso può essere considerato rappresentante. E questo proprio perché il principio dell’affidamento ha definitivamente rimosso le rappresentazioni soggettive delle parti (artt.1389 e 1390 cod. civ.).

In altri termini basta che, da un lato, vi sia la consapevolezza che il proprio programma è congegnato in modo che possa assumere la forma esteriore di una dichiarazione di volontà e, dall’altro lato, che il destinatario l’abbia effettivamente intesa in quel senso.

Certamente questo può essere accettato solo se, per le ragioni spiegate, le elevate capacità comunicative cognitive dell’agente digitale possano essere considerate l’equivalente della mancata consapevolezza della dichiarazione di intenti. Se, come pare, si può introdurre nel programma sia la possibilità di riconoscere una dichiarazione vincolante di volontà e sia di riconoscere la norma sociale fondata sull’affidamento di non infrangere colpevolmente il dovere di assumerne consapevolezza, non sembrano esservi ragioni ostative ad accettare la sussistenza di detta equivalenza.

Tanto più che gli sviluppi più avanzati in materia di programmi digitali consentono l’apprendimento da parte degli agenti digitali non solo di come siano da intendersi determinate dichiarazioni in un determinato contesto sociale, ma addirittura possono acquisire tali informazioni in modo indipendente e modificarli di conseguenza sulla base dei cambiamenti della norma sociale o del mutamento della giurisprudenza.

10.Si diceva, nell’indicare i casi di vuoto di responsabilità, di come alcuni studiosi (14) hanno ritenuto che il regime costruito sulla figura del falsus procurator generi un peso sproporzionato e ingiustificabile in capo al dominus umano, soprattutto nel caso di azioni distribuite tra più computer che lavorano insieme.

Orbene nell’ipotesi in cui l’agente digitale spenda il nome altrui senza averne il potere, la dottrina dominante, anziché fare riferimento al regime del falsus procurator, ritiene che ad aver agito non sia stato l’agente digitale ma l’utilizzatore. Pertanto quest’ultimo, contro la realtà di fatto, è esposto al notevole rischio di rispondere egli stesso quale rappresentante senza potere.

In effetti a risponderne dovrebbe essere l’agente elettronico, qualora dotato di quell’autonomia di cui si è detto, ma il fatto che questi non abbia un patrimonio proprio, non consente soluzioni diverse. Proprio per questo si avverte il bisogno di una norma che disciplini la fattispecie tenendo conto della realtà giuridica e non affidarsi a finzioni interpretative che non tengono conto affatto della nuova realtà. Naturalmente il problema sarebbe risolto a monte da una norma sulla plurisoggettività che attribuisse uno status giuridico specifico all’agente digitale, come auspicato dalla Raccomandazione europea di sopra indicata.

La stessa giurisprudenza in tali casi potrebbe bilanciare, in sede di giudizio risarcitorio, il rischio da iniziativa proprio del dominus che utilizza il programma con il rischio della controparte contrattuale che abbia stipulato con il falsus procurator, soprattutto quando è ravvisabile il comportamento palesemente difettoso del computer riconoscibile dall’altro contraente.

Nell’ipotesi in cui persone fisiche o società affidino all’agente elettronico autonomo l’esecuzione del contratto il rischio di responsabilità risulta ancora più vistoso.

Anche in questo caso la dottrina dominante continua a negare capacità parziale d’agire all’agente digitale autonomo e quindi le conseguenze dell’inadempimento contrattuale vengono imputate unicamente al soggetto che se ne avvale, ritenendosi sufficiente il solo fatto che l’utilizzatore sia ricorso a tale strumento per negare in radice la possibilità, nonostante i codici civili prevedano la possibilità di avvalersi di ausiliari nell’adempimento, che essi possano assumere tale veste.

In altri termini rispondono a titolo di responsabilità esclusiva, quasi come se avessero immesso sul mercato un prodotto difettoso. Ma non si può dire che allo stato dell’evoluzione dell’informatica avvalersi dell’ausilio di un agente digitale sia assimilabile a colui il quale utilizzi cose pericolose, permesse soltanto in ragione del vantaggio sociale che arrecano. Tale utilizzazione non è normalmente pericolosa, anzi è diventata la regola nel traffico giuridico ed è sempre più diffusa nei rapporti sociali.

Anche questa concezione è stata messa a dura critica. Così come per la vicenda della rappresentanza di cui sopra si propone l’applicazione analogica della norma sugli ausiliari o anche quella, più improbabile, di considerare l’agente digitale autonomo come un commesso.

In realtà si avverte la necessità di liberare l’utilizzatore dalla responsabilità nell’ipotesi in cui si sia adeguato alle misure di sicurezza, tenuto conto dello stato attuale della scienza e della tecnica. Parimenti il produttore, che non può essere responsabile se ha osservato tutti gli obblighi attinenti la costruzione, l’informazione e il controllo del prodotto.

Naturalmente questo non elimina il problema di fondo, ossia come costruire la responsabilità per il ‘rischio da sviluppo’ in considerazione della programmata imprevedibilità delle decisioni dell’algoritmo, ossia il caso in cui l’agente autonomo agisca in condizioni di incertezza elaborando da se stesso il comportamento che porti alla soddisfazione dell’interesse del creditore, realizzando così l’esatto e tempestivo adempimento.

Anche in questo caso viene auspicata una norma che, nel disciplinare la responsabilità per fatto degli ausiliari, includa tra questi gli assistenti digitali.

In effetti riconoscere una responsabilità da assistenza digitale, al pari di quanto già visto sulla possibilità che l’agente digitale possa essere considerato rappresentante, è un modo per implicitamente riconoscere a dette figure una parziale capacità di agire, con l’ulteriore effetto di poter escludere anche per i danni extracontrattuali una mera responsabilità di pura derivazione causale.

Infatti nell’accertamento della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale la fattispecie si compone sia del comportamento umano sia di quello dell’’attante’ digitale, che sono ontologicamente diversi, essendo il primo di derivazione meramente causale e il secondo un processo comunicativo dotato di oggettiva intenzionalità. A questo punto si può ipotizzare una costruzione che consenta di considerare l’azione dell’uomo e della macchina come un ‘fatto’ unitario di soggetti distinti, seguendo una diversa costruzione giuridica, ossia quella che vede nel rapporto uomo macchina (autonoma) una forma nuova di associazione.

11. Le categorie giuridiche a disposizione del giurista consentono di verificare anche la possibilità di concepire il rapporto uomo-macchina come un peculiare rapporto associativo (15).

Infatti, prendendo ancora a base la teoria attore-rete di Bruno Latour, gli ‘attanti’ possiedono non soltanto un linguaggio ed un corpo che resistono all’ambiente digitale in cui operano, ma avrebbero anche la forza operativa di produrre quelli che l’autore chiama “ibridi”, che sono appunto associazioni di attori umani e “attanti” non umani.

Come in tutte le associazioni l’unione uomo-macchina costituisce un centro unitario di risorse, dove si realizzano rapporti interni all’ibrido e rapporti esterni ad esso, dove è chiaramente visibile l’apporto della parte non umana, che, conferendo alla struttura associativa il solo servizio che è capace di rendere (e non beni dato che non ha un patrimonio proprio), si è già nell’ambito della norma di cui all’art. 2247 del codice civile, laddove prevede che alla società si può partecipare anche con il conferimento di ‘servizi’. Naturalmente, è ancora il caso di ripeterlo, l’agente deve avere quell’autonomia che gli consente di prendere parte a discussioni politiche complesse, a transazioni economiche e a relazioni giuridiche, che sono già l’odierno futuro.

In realtà gli sviluppi della realtà digitale sono stati tali da far emergere una unità sovrapersonale che viene percepita dai terzi che contrattano con l’’ibrido’ uomo-macchina come un sistema di azione autonomo, dove non sempre è possibile separare la parte umana e la parte non umana della condotta. È proprio la percezione della comunità umana di riferimento che vede nell’’ibrido’ un centro unitario di imputazione dell’agire, dove coesistono diritti ed obblighi, a postulare la necessità che la giurisprudenza e la dottrina sondino anche questa possibilità ricostruttiva.

Anzi, a ben vedere, essa è più aderente alla realtà

Infatti, non vi sarebbe più la necessità di ricorrere alle figure del rappresentante e dell’ausiliario digitale, che postulano comunque l’esistenza di due soggetti giuridici autonomi (di cui uno con capacità giuridica limitata) che hanno ciascuno scopi e compiti diversi, mentre in realtà la percezione esterna è quella che vede nell’ ”ibrido” un’azione tesa al perseguimento di uno scopo comune.

Lo scopo comune, che è uno degli elementi costitutivi della causa generale dei contratti associativi -unitamente agli altri elementi costitutivi di quello schema causale, ossia gli associati e il patrimonio comune- caratterizza esclusivamente il rapporto associativo e non anche la rappresentanza e men che meno del meccanismo fondato sull’avvalimento dell’ausiliario. Solo lo schema unificante dell’associazione consente l’imputazione unitaria dell’azione.

Tuttavia anche in questo caso permane il problema di stabilire a monte, con una norma espressa, se l’agente digitale autonomo sia da considerarsi ‘persona’ (e in che limiti), in quanto anche le associazioni si formano tra uomini ed esse sinora, come gli studiosi più attenti hanno dimostrato, sono solo strumenti a disposizione degli uomini, al pari di tutti gli altri contratti disciplinati dal codice civile.

Il problema è meno difficile da risolvere di quanto sembri, dato che già allo stato attuale le persone giuridiche e gli enti di fatto possono essere formati da persone fisiche e persone non fisiche; così come già allo stato attuale il sistema conosce associazioni di associazioni, consorzi di società commerciali e così via. Con questo si vuole dire che basta riconoscere uno statuto specifico all’agente digitale perché esso possa muoversi nell’ambito di tutti i rapporti giuridici compatibili con la sua natura, e in particolare nell’ambito della soggettività già occupata dagli enti non umani, ossia le persone giuridiche e gli enti di fatto.

Quindi l’ottica associativa nell’attuale fase di transizione non è delle più peregrine.

Il fatto è che gli agenti digitali autonomi generano un misterioso timore proprio per la loro possibile incontrollabilità. Pertanto è molto più rassicurante ricondurre tutte le loro azioni alla parte umana che li utilizza.

12. Il problema è destinato a complicarsi ulteriormente quando gli algoritmi autonomi operano in un sistema di interconnessione tale per cui mancano le condizioni per imputare ad essi, come singoli, azioni e conseguenti responsabilità. Si tratta del terzo tipo di rischio individuato da Teubner (16) e ricordato all’inizio.

Normalmente in un sistema multi-agente è impossibile individuare le singole azioni rilevanti per il diritto e se anche fosse possibile questo sarebbe troppo costoso e quindi insopportabile sul piano economico.

Da qui l’inaccettabilità della proposta avanzata per risolvere il problema, che sarebbe quella di configurare una responsabilità pro quota per tutti i partecipanti alla interconnessione. La tesi, peraltro coerente con il diritto positivo, non è accettabile proprio per la suddetta ragione della impossibilità di sopportare i costi di indagine tesi alla individuazione dei partecipanti alla interconnessione medesima.

La dottrina di Teubner, invece, propone di attribuire la responsabilità giuridica non a più persone quale portatrici di azioni, ma soltanto alle azioni stesse, identificate in sé. Quindi andrebbe ravvisato nelle decisioni autonome e non già in coloro che tali decisioni abbiano assunto.

Anche in questo caso lo studioso ravvisa la necessità di una norma, che dovrebbe definire e disciplinare un nuovo genere di rischio, ossia quello legate all’uso delle reti, sempre capaci di diventare un ‘polo di rischio’ ogni qual volta attori individuali e collettivi, ivi compresi gli attori digitali autonomi, confluiscono in uno spazio digitale interconnesso. Gli ‘interconnessi’ diventerebbero, in virtù del solo accesso, tutti dei componenti attivi di tale polo.

In tal caso la loro posizione o situazione giuridica non discenderebbe da una decisione di autonomia privata ma in forza di una norma di diritto pubblico.

13 Il riferimento al diritto pubblico consente di allargare l’area della ricerca alle implicazioni che il tema comporta nel diritto amministrativo e, in particolare, alla crescente automazione dell’organizzazione amministrativa, che può portare, in assenza di una analisi seria del problema, alla graduale sostituzione degli impiegati pubblici con gli agenti digitali autonomi.

Il più grande studioso della sociologia sistemica, Niklas Luhmann (18) individua, accanto al sistema sociale, il potere politico, organizzato in due sottosistemi: il potere amministrativo e quello giurisdizionale. Il potere politico agisce soprattutto attraverso l’attività amministrativa, organizzandola, selezionandone le finalità e fornendo ad essa le risorse umane e finanziarie. Questo è tanto più evidente da quando esso ha fissato il proprio baricentro dal Parlamento al Governo, ivi compreso quello delle regioni e delle autonomie locali.

Allo stato attuale, e per fortuna, l’azione politica rimane ferma in mano ai soggetti umani, anche se in teoria è possibile affidare ad un algoritmo la possibilità di esprimere una volontà politica. Tuttavia, in questo caso non vi sarebbe un esercizio ‘originario’ del potere e pertanto sarebbe in contrasto con un principio fondante della Costituzione.

Ciò nonostante l’agente digitale autonomo si fa strada nel diritto amministrativo, e in particolare nell’organizzazione, nell’attività e nella giustizia, che ha una sua organizzazione amministrativa autonoma.

Per quanto riguarda l’organizzazione amministrativa il problema, in linea con quanto sinora detto, si pone a proposito dell’automazione dell’organizzazione amministrativa, laddove interi procedimenti sono completamente gestiti in modo automatico (procedimenti riguardanti concorsi, sovvenzioni e ora anche il processo amministrativo telematico). Sicché è possibile immaginare un ufficio pubblico del tutto virtuale, dove si può configurare un vero e proprio ‘organo informatico’. Questo induce ad una rivisitazione del concetto di organo e di immedesimazione organica. Ma soprattutto pone gli stessi problemi già visti, ossia se la responsabilità vada imputata all’organo informatico oppure al dirigente dal quale l’unità organizzativa dipende.

In proposito può risultare utile la distinzione operata dalla Corte di cassazione tra responsabilità della istituzione e responsabilità personale di coloro che sono incardinati nell’ufficio-organo. Anche se ciò non aiuta a risolvere il problema su chi ricada la responsabilità nell’ipotesi in cui dell’organo virtuale sia titolare un agente digitale autonomo.

Anche in questo caso si pone il problema dell’eccessivo aggravamento della posizione del titolare umano dell’ufficio che si trova a dover rispondere dell’attività svolta da un soggetto non controllabile e per il solo fatto di avere utilizzato lo strumento. L’alternativa non potrà che essere quella di dotare ogni titolare virtuale dell’organo amministrativo automatizzato di un fondo-rischi per coprire le responsabilità civili, ponendolo a carico della fiscalità generale.

Per quanto riguarda invece l’attività amministrativa, che è quella che meglio si presta alla informatizzazione e alla automazione, il problema si scontra con il carattere discrezionale di larga parte dell’attività amministrativa medesima.

Affrontare funditus il tema porterebbe troppo lontano, in quanto imporrebbe di risolvere il problema della natura dell’attività discrezionale.

In questa sede è possibile solo fare delle brevi osservazioni.

A proposito della discrezionalità, la dottrina sembra dividersi in due filoni: a) per il primo, la discrezionalità riguarderebbe la determinazione dei fini dell’amministrazione quando essi non siano determinati dalla riserva assoluta o relativa di legge; b) per il secondo, la discrezionalità riguarderebbe solo la libertà nella scelta dei mezzi ritenuti idonei per raggiungere le finalità volute dal legislatore.

In entrambi i casi l’attività svolta ha un’intrinseca valenza politico-amministrativa e quindi per le ragioni dette non può essere affidata interamente agli algoritmi; e questo non perché è attività discrezionale ma perché è intrinsecamente attività politica, com’è stato acutamente osservato (18).

Inoltre bisogna considerare che viene in gioco il fatto che trattasi comunque di attività derivante dall’esercizio di un potere che deve necessariamente avere il carattere della ‘originarietà’. Pertanto sembra proprio che, pur non esistendo ostacoli di ordine fattuale alla automazione dei procedimenti non politici, l’apporto dell’agente digitale autonomo va limitato ai profili conoscitivi e consulenziali, almeno allo stato della legislazione.

Per quanto concerne infine l’attività giurisdizionale va segnalato che già attualmente, dopo l’introduzione del processo amministrativo telematico (c.d. PAT), le interconnessioni sono di palmare evidenza soprattutto per quanto riguarda la ricognizione dei precedenti. Infatti l’articolo 74 del codice del processo amministrativo, laddove disciplina la sentenza in forma semplificata, considera il richiamo dei precedenti giudiziali requisito essenziale ed autosufficiente della motivazione della sentenza medesima.

Questo porta direttamente al problema dei problemi, ossia se dopo la dematerializzazione dei documenti e degli atti processuali si possa arrivare alla sostituzione parziale o addirittura totale dell’attività del giudice (una sorta di macchina ‘sputasentenze’), e in particolare se la decisione affidata ad un algoritmo possa essere più giusta di quella affidata al giudice umano, della cui indipendenza spesso si dubita.

Va da sé che il problema è politico e deve necessariamente essere risolto con una norma capace di rispondere alla domanda se sia opportuna una tale sostituzione, che elimina l’elemento umano da un’attività che da sempre è al centro della vita sociale e che costituisce il punto di equilibrio e di tenuta dei sistemi democratici.

Credo che la risposta vada trovata proprio nella già segnalata differenza, ineliminabile, tra intelligenza umana e intelligenza artificiale, ossia nel fatto che quest’ultima è priva del “senso comune” propria della prima, che si sostanzia in quello ‘sfondo’ di precomprensioni e credenze in cui si incarna il nostro concreto rapporto con il mondo e quindi con gli altri soggetti. La deprivazione di quello ‘sfondo’ in un giudizio che vede in contesa ‘uomini in carne ed ossa’ non può mai portare ad una decisione giusta, in quanto è una contraddizione in termini che i litiganti si affidino ad un soggetto che non ha in sé ‘l’umanità’ dell’uomo.

Il diritto (19) va intuito all’interno del processo, il cui protagonista è l’uomo comune. E la norma giuridica è il frutto dell’incontro inevitabile tra disposizione legislativa e quel portato meta-giuridico (valori, interessi), che si sostanzia nell’attività interpretativa e applicativa.

In questo contesto è vero che il giudice non è parte, però è anche vero che non vi è uomo che in un processo non sia parte: ed allora <<la verità dell’uomo è non soltanto nel suo essere parte, ma nel poter evadere dal suo essere parziale. Per essere degno di giudicare l’uomo ha da convertire in atto questa possibilità>> (Carnelutti).

Il problema è morale prima che giuridico, in quanto il processo è un fatto sul fatto, storico e quindi umano. Ed è teso a ricostruire in termini di verosimiglianza la fondatezza della pretesa contestata da parti umane.

In fondo il giudice nel processo, quando accerta fatti accaduti per arrivare al giudizio finale, non fa altro che ricostruire la verosimiglianza dei fatti, che, siccome una volta accaduti non si possono più riprodurre nella loro fattualità concreta, rivivono solo nell’idea (libero convincimento) del giudice, che però è tenuto a giustificare quella decisione. A tal proposito è utile segnalare il pensiero di un giurista propugnatore della storicità del diritto, Giuseppe Capograssi, che ha ritenuto come è proprio nel processo che va individuato il luogo in cui il diritto si svolge, ossia il luogo dove si assiste alla trasformazione della legge generale in legge del caso concreto. Nel processo si realizza l’attuazione della giustizia giusta, che non è “una proposizione comandata, ma un’esperienza ordinata” (Piovani). Il diritto lo si intuisce all’interno del processo, dove si realizza l’incontro tra la disposizione legislativa e l’insieme dei valori e degli interessi che emergono dall’attività interpretativa svolta dal giudice. Tale attività contribuisce a trasferire i valori dall’ambito strettamente sociale a quello più propriamente giuridico. Questo impedisce di ritenere che tutto si risolva in un’applicazione formalistica della legge e che l’attività giurisprudenziale si riduca solamente a dirimere la controversia. La giurisprudenza contribuisce ad offrire anche soddisfazione sociale.

Tutto questo è estraneo alla comprensione dell’agente digitale.

Naturalmente ciò non impedisce che ci si possa valere di quella forma di super intelligenza artificiale, definita superveloce, ossia di un intelletto che è esattamente come una mente umana però più veloce. Questa è perfettamente compatibile con la discrezionalità tecnica del giudice, soprattutto nella fase istruttoria. Tuttavia anche nella fase decisoria l’ausilio dell’algoritmo può essere utile se si riesce a sfruttare la capacità predittiva della macchina sull’esito del giudizio (20). Ma oltre questo non è consigliabile andare.

**Prof. Gianpiero Paolo Cirillo**

**Presidente di sezione del Consiglio di Stato**

**Pubblicato il 30 novembre 2019**

Lo scritto costituisce una rielaborazione dell’intervento introduttivo alla conferenza tenuta dal Prof. Gunther Teubner alla Fondazione G. Vico di Vatolla (SA), tenuta il 15 maggio 2019. Esso si fonda in larga parte sullo scritto “Soggetti giuridici digitali? Sullo Status privatistico degli agenti software autonomi” del grande giurista e sociologo tedesco, edito dall’ESI nel maggio 2019.

Note minime

(1) Commissione affari giuridici, Progetto di relazione con raccomandazione alla commissione per la regolazione civile nel campo della robotica, p. 13, dove si legge testualmente: <<l’istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con i terzi>>.

(2) L. Floridi e J. W. Sanders, On the Morality of Artificial Agents, in M Anderson e S. L. (a cura di) Machin Ethics, Cambridge, 2011 , p. 184 ss.(205).

(3) Su questo si veda l’ampia disamina svolta da Gunther Teubner nel gia citato scritto, comprese le note: Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi, a cura di Pasquale Femia, ESI, 2019, p. 25-34.

(4) Gunther Teubner, op. cit., p. 37-38.

(5) Sia consentito rinviare a G. P. Cirillo, Sistema istituzionale di diritto comune, Cedam 2018, p. 155-173, dove vengono applicati gli insegnamenti di M. S. Giannini, Diritto amministrativo, I, Milano, 1993 p. 119 ss.

(6) H. Zech, Zivilrechtilec Haftungh fur den Einsatz von Robotern: Zuweinsung von Automatisierungs- und Autonomierisiken , in S. Gless e K. Seelmann (a cura di) Intelligente Agenten und das Recht, Baden-baden, 2016, p.191 ss. Con tale Autore Teubner dialoga per l’intero scritto ed è possibile seguirlo nelle note tradotte in italiano.

(7) G. Teubner, op. cit., p. 37-60. In queste pagine l’Autore sviluppa il nucleo centrale della sua teoria. E’ bene riportare le sue stesse parole, che poi tali sono anche quelle riportate nel testo:<<Tale parallelismo appare chiaro una volta che siano superate due concezioni sbagliate della personificazione di entità non umane. Sbagliata è, innanzitutto, la concezione secondo la quale nelle organizzazioni un insieme di persone si risolva nella personalità associativa reale organizzata. Altrettanto sbagliata e, poi, la credenza secondo la quale negli agenti software un computer diventa una sorta di homo ex machina. In entrambe le ipotesi, avviene invece esattamente la medesima cosa: a determinati processi comunicativi è attribuita una peculiare capacità di agire sul piano della effettività sociale.>>

(8) B. Latour, Reassembling the Social. An Introduction to Actor- Network- Theory, Oxford, 2005, p.31 ss. Ma si vedano anche: M. Balconi, Consapevolezza e senso di agentività: un’integrazione possibile? in Sistemi intelligenti, 2014 p. 79 ss., M. Leone (a cura di) Attanti, attori, agenti, in Lexia. Rivista di semiotica, 3/4, (2009), p.11 ss. Per un approccio meno tecnico, si veda: P. Volontè, Il contributo dell’Actor-Network Theory alla discussione sull’agency degli oggetti, in Politica e società, 2017, p. 31 ss.

(9) L. Floridi, The Ethics of Information, Oxford, 2013, p.140 ss. Dello stesso Autore, La filosofia dell’informazione e i suoi problemi, in Iride, 2005, p.15.

(10) Per una visione d’insieme, vedasi N. Luhmann, Stato di diritto e sistema sociale, trad. in italiano di F. Spalla, Napoli,1990, p. 37.

(11) G. Teubner, op. cit., p. 56.

(12) H. Zech, op. cit., p. 33 ss.

(13) G. Teubner, op. cit., p. 55-60.

(14) Per una panoramica di queste dottrine si veda la nota (115) del testo dell’Autore citato nella nota precedente, tradotte in italiano. Invece per la critica e per le proposte ricostruttive si vedano sempre dello stesso Autore, più volte citato, le pagine da 63 a 101.

(15) Le considerazioni personali svolte nel paragrafo hanno sempre la loro base nell’opera di G. Teubner, svolte da p. 105 a 113.

(16) G. Teubner, op. cit., p. 117-121.

(17) Del grande studioso, oltre all’opera citata alla nota (10), si veda anche: Procedimenti giuridici e legittimazione sociale, Milano, 1995. Anche nel caso delle osservazioni contenute nel paragrafo si prende a base un altro bel saggio, quello di: E. Picozza, Intelligenza artificiale e diritto – politica, Diritto amministrativo And Artificial Intelligence, in Giur It, 2019, 7, 1761 ss. Sul tema si veda altresì il meno recente: U. Fantigrossi, Automazione e pubblica amministrazione, Bologna, 1993.

(18) E. Picozza, op. cit., p 1770.

(19) Le osservazioni di cui oltre nel testo sono tratte da: G. P. Cirillo, La storicità del diritto, in WWW. Giustizia amministrativa, voce dottrina, 2019.

(20) La condivisibile osservazione di limitare l’uso della macchina alle sole capacità predittive è sempre di E. Picozza, op. cit., p. 1775.